

## RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

### L'empire de la comparaison

Thunis, Xavier

*Published in:*

L'utilisation de la méthode comparative en droit européen

*Publication date:*

2003

*Document Version*

le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

*Citation for pulished version (HARVARD):*

Thunis, X 2003, L'empire de la comparaison. Dans *L'utilisation de la méthode comparative en droit européen*. VOL. 25, Travaux de la Faculté de droit de Namur, VOL. 25, Presses universitaires de Namur, Namur, p. 5-15.

#### General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

#### Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

# L'empire de la comparaison

*Xavier THUNIS*

*Professeur à la Faculté de droit des FUNDP*

## Résumé :

La comparaison est une opération intellectuelle spontanée et fréquente. Elle peut être un instrument méthodique de connaissance dont les conditions de validité ont, en définitive, été peu étudiées.

Tout juriste, à sa façon, est comparatiste sans le savoir : les cours de droit abondent en comparaisons destinées à faire ressortir la portée d'un concept ou d'une institution. La comparaison a une vertu heuristique. En droit comparé, l'accent est souvent mis sur sa fonction critique, voire subversive. Dans une perspective d'harmonisation du droit, la comparaison a une fonction constructive. Il faut être attentif à la raison de la comparaison.

Après avoir tué, en France, sa maîtresse et sa mère, un meurtrier surnommé le « sage » de Boullay-les-Trous revient en Belgique. Sur le conseil d'un avocat, il est convaincu qu'il doit commettre un meurtre en Belgique pour échapper à la guillotine française. Il tue donc un de ses anciens professeurs, un jésuite belge, et se constitue prisonnier en Belgique pour échapper à l'échafaud<sup>1</sup>. Le « sage » de Boullay-les-Trous fait-il du droit comparé ? Il procède en tous cas, de façon pragmatique, à une comparaison quantitative proche d'une analyse coût-bénéfice bien connue en analyse économique du droit.

Ce fait divers sinistre invite à réfléchir sur ce qu'est une comparaison. Elle est une figure du langage et peut être un instrument méthodique de connaissance (I). Comme bon nombre d'autres disciplines, la sociologie, l'ethnographie ou la littérature, le droit, ou plus exactement la communauté des juristes, fait de la comparaison une utilisation fréquente, sans toujours s'interroger sur ses conditions de fonctionnement<sup>2</sup> (II).

---

1. *La Meuse*, 16 mai 1933.

2. Voy. toutefois les réflexions originales de M.-L. IZORCHE, « Propositions méthodologiques pour la comparaison », *R.I.D.C.*, 2001/2, p. 289 et s.

## I. La comparaison, fait de langage et méthode de connaissance

La comparaison est une forme spontanée de la pensée et un fait de langage. Consciemment ou non, nous l'utilisons tous les jours pour connaître, pour convaincre, pour agir dans la vie domestique ou dans la vie professionnelle.

De façon plus ou moins rigoureuse et contestable d'ailleurs. Supposons que je rapproche le comportement de notre « sage » meurtrier, qui choisit le tarif pénal le plus faible, à la stratégie d'une multinationale qui délocalise ses activités pour profiter d'une taxation moins vorace. Les représentants des multinationales risquent d'être fort mécontents de cette comparaison qui assimile, qui rend semblables deux comportements, selon eux, bien différents. La mise en rapport de deux termes (comparé et comparant) provoque quasi inéluctablement une contamination entre ceux-ci. L'activité d'une multinationale délocalisant des filiales pour des raisons fiscales ou sociales ne se voit-elle pas, par ce rapprochement, rangée sans autre forme de procès du côté des crimes de sang ? La comparaison est un outil rhétorique et la polémique peut s'engager : les multinationales recherchent le profit mais elles ne tuent personne, etc.

Dans un registre plus métaphysique, on pourra susciter la réprobation polie de certains théologiens en comparant Dieu à l'homme. Dire de Dieu qu'il est plus grand que l'homme, même infiniment, ravale Dieu au rang de l'homme et n'est guère compatible avec une théologie du Tout Autre.

La comparaison introduit, plus qu'elle ne suppose, une commune mesure. Elle affirme, à tort ou à raison, qu'il existe un espace de référence commun entre les termes reliés. La solidité de cet espace commun, dépend, à notre avis, de la qualité de la question qui est, elle-même, fonction de la nature de l'intérêt de celui qui compare. Une comparaison se construit. En dépit de certaines études fort savantes, la détermination *a priori* des conditions requises pour que deux objets soient comparables reste, pour une bonne part, mystérieuse<sup>3</sup>. Elle ne peut être résolue indépendamment du problème posé par celui qui compare. L'approfondissement de la comparaison, qui révèle sa

3. En ce sens, G. JUCQUOIS, « Le comparatisme, éléments pour une théorie », in *Le comparatisme dans les sciences de l'homme. Approches pluridisciplinaires*, G. JUCQUOIS, Chr. VIELLE (éds.), Bruxelles, De Boeck Université, 2000, p. 44.

fécondité, projettera d'ailleurs une lumière nouvelle sur la pertinence de la question initiale et amènera souvent une reformulation de celle-ci<sup>4</sup>.

La comparaison est une opération intellectuelle à laquelle certains auteurs réservent une place privilégiée comme mode d'accès à une connaissance précise. Descartes, dans les *Règles pour la direction de l'esprit*, n'hésite pas à affirmer « qu'en tout raisonnement, ce n'est que par comparaison que nous connaissons précisément la vérité (...) d'une façon générale, toute connaissance qui ne s'obtient pas par l'intuition simple et pure d'une chose isolée, s'obtient par la comparaison de deux ou plusieurs choses entre elles. Et presque tout le travail de la raison humaine consiste sans doute à rendre cette opération possible : car lorsqu'elle est facile et simple, on n'a besoin d'aucun recours artificiel, il suffit de la seule lumière naturelle pour voir par intuition la vérité qu'elle permet d'obtenir. Il faut remarquer aussi qu'on n'appelle simples et faciles ces comparaisons que lorsque le terme cherché et le terme donné participent à titre égal d'une certaine nature ; mais que toutes les autres ont besoin d'une préparation, pour la raison précise que cette nature commune s'y trouve, non point à titre égal en chacun des deux termes, mais selon d'autres rapports ou proportions où elle s'enveloppe... »<sup>5</sup>.

Curieusement, la comparaison, malgré un patronage aussi prestigieux, reste peu étudiée par les philosophes. Ceux-ci sont avant tout fascinés par les mystères de la métaphore et, à un moindre degré, de l'analogie. Perelman, par exemple, ne consacre que quelques pages de son *Traité de l'argumentation*, aux arguments de comparaison qu'il qualifie de *quasi logiques*<sup>6</sup>. Tout en analysant avec finesse différents arguments de comparaison et les effets qu'ils produisent, il ne s'étend guère sur les conditions qui permettent d'associer deux objets pour en

4. M.-L. IZORCHE, *op. cit.*, p. 298 et s.

5. Règle XIV, *Œuvres philosophiques*, tome I (1618-1637), Paris, Classiques Garnier, 1988, p. 168 et s. L'importance de ce texte, où Descartes traite d'un certain type de comparaison portant sur des grandeurs et des multiplicités, a été mise en relief par M. FOUCAULT, dans *Les mots et les choses*, Paris, Gallimard, 1966, p. 66 et s.

6. *Traité de l'argumentation. La nouvelle rhétorique*. Écrit en collaboration avec L. OLBRECHTS-TYTECA, 5<sup>e</sup> éd., Bruxelles, Ed. de l'Université de Bruxelles, 1988, p. 326. Perelman met curieusement l'accent sur la relation que l'argument de comparaison entretient avec l'argument par le sacrifice. Pour une synthèse critique et un tableau des relations entre les différents arguments chez Perelman, R. SCHMETZ, *L'argumentation selon Perelman*, Presses universitaires de Namur, 2000, p. 259 et s.

marquer les ressemblances ou les différences en fonction de la stratégie argumentative poursuivie. Quant à Aristote, au chapitre IV de la *Rhétorique*, il dessine un parallèle entre métaphore et comparaison où il paraît subordonner la comparaison à la métaphore en faisant de la première une métaphore développée, une forme un peu lourde et inélégante de métaphore qui garderait le « comme » sans prendre le risque de la collision sémantique<sup>7</sup>. Cette relative dévalorisation mérite d'être soulignée.

Ce « comme », qui manifeste la comparaison, marque en même temps un écart et une identité, une différence sur le fond d'une nature commune (pour utiliser la terminologie cartésienne) reconnue ou construite. Dans la comparaison se joue le jeu, éternel et indécis, du même et de l'autre, celui-là même qui sous-tend l'élaboration des concepts et la construction des taxonomies. Implicitement ou explicitement, l'esprit rapproche et distingue sans cesse les choses les unes des autres. Pour mettre de l'ordre dans les connaissances et en produire de nouvelles<sup>8</sup>. Qu'est-ce qu'un concept sinon un outil mental qui permet de dégager, en fonction d'une visée, des classes d'objets ayant des traits semblables<sup>9</sup> ? La conceptualisation dépouille les choses de différences jugées peu pertinentes ou inutiles par telle ou telle culture au regard de son objectif de compréhension du monde. Cela étant, les critères retenus pour distinguer tel concept de tel autre sont parfois peu connus ou contestables alors même que les concepts en cause sont d'utilisation quotidienne. Demandez au marché ce qui différencie un fruit d'un légume et à quelle catégorie appartient la tomate ou la fraise. On ne peut bien sûr pas en rester aux tomates ou

7. L'exemple donné par Aristote (*Rhétorique*, III, 4, 1406b) est bien connu. Quand le poète dit d'Achille : « il s'élança comme un lion », c'est une comparaison. Quand il dit : « Le lion s'élança », c'est une métaphore. Nous suivons ici l'interprétation qu'en donne P. RICŒUR, *La métaphore vive*, Paris, Ed. du Seuil, 1975, p. 34 et s.

8. La comparaison est considérée par les psychologues comme un des principaux moyens d'extension de la connaissance. Sur ce point, G. JUCQUOIS, *La méthode comparative dans les sciences de l'homme*, Louvain-la-Neuve, Peeters, 1997, p. 10 et s. où l'auteur se réfère aux travaux de PIAGET et de WALLON sur la psychologie de l'enfant.

9. Sur la formation des concepts et les différentes stratégies de conceptualisation, B.-M. BARTH, *L'apprentissage de l'abstraction*, Paris, Retz, 1987, p. 29 et s. On trouvera chez N. CHARBONNEL (*L'important, c'est d'être propre*, Presses universitaires de Strasbourg, 1991, p. 105 et s.) une réfutation intéressante des théories traditionnelles du concept fondée sur les travaux de Cassirer.

aux fraises mais l'exemple est suggestif. La tomate aurait beau avoir le goût d'un légume, elle est classée dans les fruits. En revanche la fraise...

On est évidemment tenté, quand on étudie un objet, de céder à un certain impérialisme et de l'étendre démesurément. Peut-être cédonous à cette tentation. Il nous semble que la conceptualisation se fonde sur une comparaison au sens large, une reconnaissance ou plutôt une construction des différences et des ressemblances entre des classes d'objets. Bien que cela soit moins souvent souligné, la comparaison présuppose une conceptualisation préalable<sup>10</sup>. Elle opère, à tort ou à raison, une unification des entités associées sur laquelle elle greffe un écart, une différence. Il n'y a donc pas de comparaison possible dans un univers indifférencié ni dans un univers où les choses sont irréductiblement singulières et fondamentalement hétérogènes. Comme l'écrit Valéry, « La connaissance exige que les choses ne soient pas infiniment variées, ni infiniment identiques »<sup>11</sup>.

Bon nombre de débats sur la comparaison en droit sont marqués par le fait que certains théoriciens de la comparaison, radicalisant les singularités culturelles, nient que des juristes relevant de traditions juridiques différentes (*common law* et *civil law*) puissent se comprendre réellement. Dans cette optique, les projets de comparaison et *a fortiori* d'harmonisation apparaissent, au mieux comme illusoire, au pire, comme habités par des tentations technocratiques<sup>12</sup>.

Si l'on en croit Breton, « comme est le mot le plus exaltant dont nous disposons..., que ce mot soit prononcé ou *tu*. » On comprend que le pape du surréalisme ait été séduit par toutes les possibilités d'association transgressive que lui offraient la comparaison et la métaphore. « La terre est bleue comme une orange » (Eluard). Cette comparaison associe des réalités que la perception habituelle dissocie,

10. J. Cl. SCHMITT, « Pour une histoire comparée des images religieuses » in *Le comparatisme en histoire des religions*, Paris, Ed. du Cerf, 1997, p. 365 et s. ; M.-L. IZORCHE, *op. cit.*, p. 293 et s. soulignant que pour comparer, il faut connaître.

11. *Cahiers*, La Pléiade, t. 1<sup>er</sup>, p. 981.

12. Ce genre de position part du présupposé que les cultures sont des systèmes figés et fermés, ce qui est contestable. Pour une discussion, cf. *The Harmonisation of European Private Law* (M. VAN HOECKE et F. OST, eds., Oxford, Hart Publishing, 2000 ; en particulier la contribution de A. CHAMBOREDON, p. 63 et s. Sur le même sujet, R. SEFTON-GREEN, « Compare and Contrast : monstre à deux têtes », *R.I.D.C.*, 2002/1, p. 85 et s.

créant ainsi une différence de potentiel conductrice d'un choc poétique auquel certains lecteurs seront sensibles.

Le choc suscité par le court-circuitage des perceptions habituelles est une chose (précieuse), la production d'une connaissance conceptuelle, communicable et discutable en est une autre<sup>13</sup>. Est-il possible de faire de la comparaison une méthode susceptible de produire une connaissance valide ? Il y a un contraste frappant entre l'importance que bon nombre de sciences humaines (la sociologie notamment) attachent à la méthode comparative et le peu de réflexions approfondies sur ses conditions de validité et d'emploi. Même un auteur comme Lévi-Strauss se justifie assez peu sur l'emploi de la méthode comparative alors que le structuralisme est fondamentalement comparatif<sup>14</sup>. Un ouvrage comme *Anthropologie structurale* comporte des réflexions assurément profondes et pertinentes sur la comparaison, sans que l'on puisse parler d'une théorie de la comparaison. Il y aurait beaucoup à retirer de la linguistique dont les analyses révèlent, avec précision, les distinctions qu'il y a lieu de faire en fonction du type de comparaison (quantitative ou qualitative, de supériorité, d'égalité ou d'infériorité) ou de la nature des entités qu'elle associe<sup>15</sup>. Ce n'est pas la même chose de dire : « Pierre est fort comme son père » et « Pierre est fort comme un lion ». Dans le premier cas, la comparaison établit un rapport quantitatif entre la force de Pierre et celle de son père, dans le second cas, la référence au lion indique une qualité, la force impressionnante qui est celle de Pierre<sup>16</sup>. Dans d'autres cas, le « comme », loin d'indiquer une comparaison, exprime de façon forte une identité dont l'émetteur se prévaut vis-à-vis du destinataire de la proposition. « C'est comme ami (en tant que) que je te parle. ».

Ce « comme » qui ravit Breton est donc infiniment complexe. Il est aussi familier qu'irréfléchi. L'attention qui lui est portée paraît être une fonction inverse de sa fréquence d'utilisation.

13. J. COHEN, dans un remarquable article (« La comparaison poétique : essai de systématique », *Langages*, 1968, vol. 7, p. 43 et s.), montre que les comparaisons poétiques n'ont pas pour but l'information et reposent sur des anomalies structurales dont dérive leur caractère poétique.

14. Sur ce point, V. DESCOMBES, *Le même et l'autre*, Paris, Ed. de Minuit, 1979, p. 105 et s.

15. V. à ce sujet, R. RIVARA, *Le système de la comparaison*, Paris, Ed. de Minuit, 1990.

16. Sur cet exemple, N. CHARBONNEL, *op. cit.*, p. 15 et s. Du même auteur, *La philosophie du modèle*, Presses universitaires de Strasbourg, 1993, p. 99 et s.

## II. La comparaison et le droit

Faute de pouvoir trouver, dans les études savantes, des éléments péremptoires susceptibles d'asseoir, une fois pour toutes, la validité d'une comparaison, ceux qui enseignent le droit comparé se limitent souvent à des mises en garde générales du genre « Il faut comparer ce qui est comparable » ou encore « Comparaison n'est pas raison ». Ces mises en garde ne donnent guère d'indications sur la marche à suivre pour pratiquer une comparaison correcte. Certains auteurs ont tenté de décrire plus précisément les conditions et les étapes de la méthode comparative<sup>17</sup>. Les nombreuses précautions méthodologiques qu'ils prescrivent traduisent la complexité du processus. Elles effraient plus qu'elles n'aident réellement l'apprenti comparatiste. Il y a des excès de précaution qui incitent à l'anarchisme méthodologique.

« Tout est comparable » écrit Eluard de façon provocante. Pourvu que l'on ait une (bonne) question. Pourvu que l'on ait une (bonne) question, il est possible de comparer un éléphant et une souris<sup>18</sup>, ou dans un registre plus juridique, la responsabilité du donneur de crédit en droit français et en droit allemand. Les précautions méthodologiques sont certes utiles mais elles n'offrent qu'une garantie relative : une recherche originale oblige celui qui la porte à construire les outils qui lui sont nécessaires et à pratiquer un certain bricolage méthodologique.

Nous n'avons pas dans ces réflexions générales la prétention de bâtir un discours positif de la méthode comparative en droit. Nous voudrions plutôt insister sur le rôle de la comparaison qui déborde la méthode comparative. La comparaison joue-t-elle en droit un rôle superficiel, est-elle le luxe de quelques juristes privilégiés ayant le goût des voyages ou est-elle nécessaire au juriste en général parce qu'elle lui apporte quelque chose de fondamental et d'utile ?

Que la comparaison soit utile, l'exemple du droit européen, où elle sert un objectif politique d'harmonisation, le montre amplement. Mais il n'est pas nécessaire d'aller si loin. Au sens large, tout juriste est comparatiste sans le savoir. Dans les cours de droit civil, combien de fois ne comparons-nous pas ! La subrogation et la cession de créances,

17. V. en particulier L.-J. CONSTANTINESCO, *Traité de droit comparé*, t. II *La méthode comparative*, Paris, L.G.D.J., 1974, pp. 122-284.

18. Si une comparaison des poids respectifs de l'éléphant et de la souris risque de ne pas nous apprendre grand chose, il n'en sera peut-être pas de même d'une comparaison des nuances de gris.

le mandat et la gestion d'affaires, le locataire et l'usufruitier etc. Toutes ces comparaisons établissent un rapport entre deux termes soit pour les éclairer l'un par l'autre par ressemblances et différences, soit pour assimiler l'un à l'autre si la différence est jugée superficielle, soit encore pour faire apparaître ces deux termes comme cas particuliers d'un troisième terme plus englobant.

Les enseignants en droit, y compris ceux qui n'enseignent pas le droit comparé, connaissent bien l'efficacité des comparaisons sur le plan pédagogique pour faire comprendre une notion et pour évaluer les connaissances de leurs étudiants. Les chercheurs en droit la pratiquent avec constance pour juger de la fermeté d'un concept ou de la cohérence d'un régime juridique<sup>19</sup>. La multiplication des disciplines juridiques oblige à des comparaisons internes (*interne rechtsvergelijking*) par exemple entre droit civil et droit commercial ou entre droit civil et droit fiscal. Depuis quelques années se multiplient les journées d'études et les ouvrages confrontant le droit belge et le droit français des obligations. Dans tous ces exemples, l'apparition d'un écart, jusque-là ignoré ou considéré comme insignifiant, provoque la comparaison et entraîne son utilisation à des fins heuristiques.

La comparaison peut aussi être un outil obligé du raisonnement du juge national. En droit de la responsabilité civile, l'appréciation de la faute par rapport au critère du bon père de famille donnera des résultats sensiblement différents selon le type ou le groupe de référence par rapport auquel le juge compare le comportement du défendeur en responsabilité<sup>20</sup>. Si l'on quitte le terrain du droit privé, on trouve un matériau abondant et propice à la réflexion dans la jurisprudence de la Cour d'arbitrage de Belgique qui pratique un test préalable de comparabilité au contentieux des principes d'égalité et de non-discrimination.

Quant aux annotateurs de décisions, ils ont de tout temps pratiqué la comparaison en confrontant les décisions annotées à celles qui les ont précédées, pour retracer une évolution jurisprudentielle dans ses

19. Pour un exemple parmi tant d'autres, V. SIMONART, « La quasi-immunité des organes de droit privé », *R.C.J.B.*, 1999, p. 732 et s., particulièrement p. 741 et s. (où l'auteur compare la question du concours de responsabilité avec celle de la coexistence des responsabilités), p. 749 et s. (où l'auteur compare l'agent d'exécution au mandataire).

20. Sur ce point, v. en particulier, N. DEJEAN de la BATIE, *Appréciation in abstracto et in concreto en droit civil français*, Paris, L.G.D.J., 1965, part. p. 142 et s.

constantes et ses discontinuités. Connue pour ses conflits communautaires, la Belgique est un laboratoire pour les comparaisons interrégionales. Depuis quelques années, la doctrine belge a pris l'habitude de comparer, quand les divergences sont significatives, la jurisprudence des chambres néerlandophones et francophones de la Cour de cassation ou du Conseil d'Etat. En France, la doctrine prend souvent un malin plaisir à critiquer les arrêts de la Cour de cassation en confrontant la jurisprudence de ses différentes chambres civiles et commerciale. La comparaison, outil heuristique, est aussi une arme rhétorique.

Soyons schématique et donc injuste. Le spectre des productions comparatistes présente, à l'un de ses extrêmes, des études positives peu portées sur la théorie du droit et, à l'autre extrême, des réflexions de théorie juridique qui mettent l'accent, parfois à l'excès, sur des questions de méthode, dans un langage jargonnant et sur un ton inutilement condescendant. Le droit comparé a besoin de réflexion théorique, il n'a que faire d'une police théorique<sup>21</sup>. Ne donnant que très peu d'indications concrètes et positives à leur lecteur sur la façon de pratiquer le droit comparé, ces études lui laissent l'impression qu'une montagne d'épistémologie accouche finalement d'une souris sur le plan scientifique.

Certes, il est justifié de mettre l'accent sur la fonction critique, voire subversive du droit comparé<sup>22</sup>. De même que l'apprentissage d'une langue étrangère révèle les structures sourdes et les préjugés de la langue maternelle, le droit comparé permet au juriste de porter un autre regard sur son droit national et de remettre en cause certaines distinctions ou certaines institutions jugées naturelles ou essentielles. L'étude du droit romain révèle que la cession de créance n'est pas si naturelle car elle suppose que la valeur patrimoniale puisse s'émanciper du rapport

21. V. dans ce genre, P. LEGRAND, *Le droit comparé*, Paris, PUF, 1999, coll. *Que sais-je ?*, où l'auteur, à grand renfort de citations, assène des leçons de bien penser à son lecteur en déplorant, avec hauteur, la carence du comparatisme en droit (v. not., p. 9 et s.) et la manière pédante (*sic*) de l'orthodoxie comparatiste. (p. 31 et s.). On lira également la page 111 où il est indiqué que la comparaison intra romaniste ne peut relever que du genre mineur des études comparatives.

22. H. MUIR WATT, « La fonction subversive du droit comparé », *R.I.D.C.*, 2000/3, p. 503 et s.

entre créancier et débiteur, l'examen du droit anglais montre que la nature juridique du paiement (acte juridique ? fait juridique ?), passionnément discutée par les juristes belges et français, ne préoccupe pas tous les juristes de la planète, etc.

Faut-il, dans le même élan, mettre exclusivement l'accent sur ce que chaque culture juridique a d'irréductiblement singulier et frapper d'irrecevabilité théorique l'idée d'un droit ou d'un code communs à des pays appartenant à des familles juridiques différentes, *common law* d'un côté, droit continental de l'autre ? La question mérite d'être débattue, en respectant les différences, c'est-à-dire sans les dissoudre mais aussi sans les aggraver.

Kant a écrit un opusculé intitulé « Sur le lieu commun : il se peut que ce soit juste en théorie, mais en pratique, cela ne vaut rien ». Emportés par leurs présupposés, certains théoriciens du droit comparé paraissent nous dire au contraire : en théorie, cela ne vaut rien, peu importe qu'en pratique ça fonctionne ou ça converge. Ceux qui se risquent à pratiquer le droit comparé sont frappés, au-delà des différences réelles de style, de culture et de raisonnement, de la permanence de certaines questions fondamentales dans les systèmes européens dits de droit civil et de *common law*<sup>23</sup>.

Il n'est pas sûr que l'esprit juridique existe. Ce qui existe, ce sont des acteurs qui appartiennent à une communauté dotée de signaux de reconnaissance et qui ont une pratique juridique mettant en œuvre des facultés et des qualités différentes. Rendre un jugement, plaider, légiférer, écrire un article de doctrine sont des activités qualifiées de juridiques. Hormis le système ou le corps de règles auxquels elles se réfèrent, on peut se demander si ce qui les sépare n'excède pas ce qui les unit. Quel point commun y a-t-il entre plaider, juger et systématiser ? Ceci nous ramène au sujet de cet ouvrage. L'utilisation que les différents acteurs de la scène juridique font du droit comparé peut être très divergente.

Le droit comparé requiert une double attention, aux différences et aux ressemblances, entre les objets reconnus comparables. Un théoricien du droit mettra plus volontiers l'accent sur les différences

23. B. MARKESINIS, « Unité ou divergence : à la recherche des ressemblances dans le droit européen contemporain », *R.I.D.C.*, 2001/4, part. p. 826 et s.

dans une perspective critique, déconstructive et aussi (on l'espère) à des fins positives, pour offrir d'autres grilles de lectures. D'autres acteurs, plus proches du droit vécu, ont des préoccupations d'un autre ordre. Peu importe au législateur national d'écraser des différences ou de commettre une erreur méthodologique dans l'introduction d'une institution étrangère si celle-ci a des conséquences socialement utiles. Au niveau européen, les choses sont plus nuancées : ni le législateur ni le juge ne peuvent ignorer les différences. Ils font du droit comparé une utilisation prudente, sélective, constructive et politique<sup>24</sup>. En fonction de leur objectif, celui de la construction d'un espace juridique commun, ils auront une tendance à percevoir, en priorité, sous contrainte des différences, ce qui, dans les systèmes des Etats membres de l'Union, peut donner prise à une harmonisation<sup>25</sup>.

Comparaison n'est pas raison. Mais il y a une raison de la comparaison.

24. V. not. la contribution de K. LENAERTS dans ce volume.

25. Sur la dialectique du droit comparé et du droit européen dans l'élaboration et la transposition des directives européennes, X. THUNIS et Fr. VAN DER MENSBRUGGHE, « Codification et décodification : le droit comparé à contribution », *Ann. Dr.* (Louvain), 2001/1, p. 65 et s.